

Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Juiz do Tribunal Regional Federal (1ª Região) e Professor da Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte

SUMÁRIO

I — Inovações constitucionais. Mandado de injunção. Ação de inconstitucionalidade por omissão. Adaptação e não adoção de institutos jurídicos estrangeiros. Simpatia do Judiciário na interpretação. II — Mandado de injunção. Competência dos Tribunais. III — Anteprojeto Afonso Arinos. Projetos "A" e "B" da Comissão de Sistematização. Redação final. IV — Sugestões nºs 155-4 e 156-2, do Senador Virgílio Távora e do Deputado Carlos Virgílio. Art. 283º da Constituição de Portugal. Sugestão nº 367-1, do Senador Ruy Bacelar. Emendas. V — Mandado de garantia constitucional. Mandado de garantia social. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão: dois institutos diferentes. VI — Necessidade ou não de regulação do mandado de injunção. VII — Legitimação ativa e passiva. VIII — Writ of injunction norteamericano e a Verfassungsbeschwerde alemã.

I — Inovações constitucionais. Mandado de injunção. Ação de inconstitucionalidade por omissão. Adaptação e não adoção de institutos jurídicos estrangeiros. Simpatia do Judiciário na interpretação

OCTAVIO PAZ, o grande ensaísta e pensador mexicano, em sua obra *Templo Nublado*, ao estabelecer um paralelo entre a América Latina, os Estados Unidos e a França, diz que nesses últimos países as revoluções resultaram de uma evolução histórica. Lá, além da elite intelectual, havia uma classe média já imbuída da ideologia liberal e democrática.

"La norma fondamentale è il criterio supremo che permette di stabilire l'appartenenza di una norma ad un ordinamento, in altre parole, è il fondamento di validità di tutte le norme del sistema". (NORBERTO BOBBIO in *Teoria dell' Ordinamento Giuridico*. Torino, G. Giappichelli, p. 56).

“A Revolução norte-americana fundou uma nação; a francesa mudou e renovou a sociedade; as Revoluções da América Latina fracassaram em um de seus objetivos centrais: a modernização política, social e econômica” (1).

Na América Latina, de um modo geral, os movimentos “adotaram” e “não adaptaram” os programas alheios. Quase tudo fica no “papel” (2).

Nossa nova Constituição contém, como não poderia deixar de conter, institutos de origem estrangeira. Não basta adotá-los. Precisamos adaptá-los à nossa realidade cultural e social. Essa é tarefa por excelência do Judiciário.

Tivemos uma experiência frustrante do início de nossa vida republicana. Em 30-11-1894 foi promulgada a Lei n.º 221, inspirada, como o Decreto n.º 848/1890, do *Judiciary Act* norte-Americano de 1789. Foi a primeira tentativa, através de uma ação sumária, de pôr ao alcance do administrado instrumento processual para anular atos ilegais do poder público. Essa lei simplesmente não funcionou, vez que tanto nossos magistrados quanto os próprios jurisdicionados não se achavam à altura dela.

A Constituição Federal de 1988, na parte referente aos direitos humanos (3), traz muita inovação em relação às Constituições e Cartas anteriores. Começa pela “localização” dos direitos e garantias fundamentais. À semelhança das modernas Constituições da Espanha (1978), de Portugal (1976) e da Itália (1947), os “Direitos e Garantias Fundamentais” vêm imediatamente depois dos “Princípios Fundamentais” (Título I), isto é, no início e não no fim do corpo (4).

(1) Editora Guanabara, p. 218.

(2) *Id.*, p. 218.

(3) NICOLA MATTEUCCI divide os “direitos humanos” em “civis”, “políticos” e “sociais”. “Os primeiros são aqueles que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e liberdade econômica), através da qual é garantida a ele uma esfera de arbítrio e liceidade, desde que seu comportamento não viole o direito dos outros. Os direitos civis obrigam o Estado a uma atitude de não impedimento, a uma abstenção. Os direitos políticos (liberdade de associação nos partidos, direitos eleitorais) estão ligados à formação do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, ao estudo, à tutela da saúde, liberdade da miséria e do medo), maturados pelas novas exigências da sociedade industrial, implicam, por seu lado, um comportamento ativo por parte do Estado de garantir aos cidadãos uma situação de certeza” (*Dicionário de Política* — BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO — UnB).

(4) Embora se possa considerar a “*Fundamental Orders of Connecticut*”, de 14-1-1639, como o protótipo dos estatutos políticos modernos, inegavelmente é o *Bill of Rights* do Estado da Virgínia, de 12-6-1776, o cerne dos “Direitos e Garantias Fundamentais de nossas Constituições”. Nele se inspiraram diretamente a famosa e quase bicentenária “*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*”, da França, como a primeira emenda à Constituição norte-americana (ratificada em 15-12-1791). O *Virginia Bill of Rights* foi esboçado por GEORGE MASON (Consulte *Documents of American History*, editado por HENRY STEELE COMMAGER — 6th edition — Appleton-Century-Crofts, Inc. New York — 1958 — p. 103).

Dentre outras novidades, o art. 5.º, Título II, do Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), introduz o *habeas-data*, o *mandado de segurança coletivo* e o *mandado de injunção*. Esse último instituto tem preocupado os estudiosos e até mesmo os curiosos. A todo instante estamos ouvindo indagações como: “De onde veio esse instituto?” “É de direito anglo-americano?” “É invenção brasileira?” “É auto-aplicável?”

O art. 103, ao estabelecer os órgãos ou pessoas ativamente legitimados para o ajuizamento do Supremo Tribunal Federal da ação de inconstitucionalidade, fala, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, em “inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” (§ 2.º).

Embora com um ou outro defeito genético e alguns arroubos até ingênuos, que fazem lembrar o jusnaturalismo e o contratualismo líricos dos séculos XVII e XVIII, é inegável que a Constituição traz, sobretudo no campo dos direitos humanos, muita coisa importante. Caberá principalmente ao juiz, no controle difuso da constitucionalidade das leis e atos do poder público⁽⁵⁾, ao interpretá-la, ao dar-lhe prevalência, extrair tudo de novo e útil que ela nos oferece.

Lembrando PONTES DE MIRANDA, a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. “Com a antipatia não se interpreta, ataca-se”⁽⁶⁾. Assim, os juízes, para que também cumpram o papel que a Constituição nova lhes dá e o povo muito deles espera, têm de agir como autênticos integrantes de um “Poder”, isto é, têm que agir com independência, com a única preocupação de propiciar a estabilidade social. Se nós, juízes, não nos conscientizarmos de nossa importância, corremos o risco de fracassar e, em decorrência, deitar a perder o que se acha na Constituição à espera de fecundação e vida.

O inciso LXXI, do art. 5.º, assim dispõe:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e

(5) O controle “difuso”, também chamado “sistema norte-americano de controle da constitucionalidade das leis”, recebe esse nome — “difuso” — porque não é atribuição de órgão único (“sistema concentrado”), mas de todo e qualquer juiz, seja ele juiz ordinário ou juiz de jurisdição especial. E, pode-se dizer, invenção da jurisprudência americana, sobretudo a partir do *leading case* “*Marbury v. Madison*” — 1. Cranch 137 (1803). HAMILTON, inspirado ou não nos tribunais forais de Aragão, depois de dizer que o Judiciário é o mais fraco dos Poderes, vez que não tem a espada do Executivo nem a bolsa do Legislativo, frisa: “É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação” (O *Federalista*, nº 78, Ed. UnB, p. 578).

(6) Prólogo aos “Comentários à Constituição de 1946” — 4ª ed. — Borsoli — 1963.

liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

.....
O § 1.º desse mesmo art. 5.º, a sua vez, reza:

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

II — *Mandado de injunção. Competências dos Tribunais*

Na parte referente às competências dos órgãos do Judiciário, o mandado de injunção aparece nas seguintes passagens constitucionais:

Supremo Tribunal Federal

Art. 102, I, competência originária:

“g) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Art. 102, II, competência recursal:

“a) . . . o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Superior Tribunal de Justiça

Art. 105, I, competência originária:

“h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

No tocante à competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, não se faz qualquer alusão a mandado de injunção.

Quanto aos Tribunais Regionais Federais e aos Juizes Federais, o instituto de mandado de injunção não aparece, salvo de modo indireto (*supra*, art. 105, I, *h*).

Quanto aos “Tribunais e Juizes do Trabalho” também não há referência, a não ser a indireta da alínea *h*, I do art. 105. De acordo com o art. 113,

fica a cargo da lei (ordinária) dispor sobre a competência dos órgãos da Justiça do Trabalho.

No relativo à Justiça Eleitoral, o mandado de injunção surge na competência recursal do Tribunal Superior Eleitoral (art. 121, § 4.º, V) de decisões denegatórias dos Tribunais Regionais Eleitorais. De acordo com o art. 121 fica a cargo de “lei complementar” dispor sobre a competência dos “tribunais, dos juízes de direito (*rectius*: “juízes eleitorais”) e das juntas eleitorais”.

Quanto à Justiça Militar, a Constituição, após fixar a sua matéria — “crimes militares definidos em lei” —, joga para a lei ordinária a sua organização, funcionamento e competência.

Por último, quanto à Justiça Estadual, diz que “observados os princípios estabelecidos nesta Constituição” (art. 125, *caput*), os Estados organizarão sua justiça. Desse modo, caberá às Constituições estaduais dar competência aos Tribunais de Justiça para o processamento e julgamento do mandado de injunção.

III — *Anteprojeto Afonso Arinos. Projetos “A” e “B” da Comissão de Sistematização. Redação final*

Antes de tecermos qualquer consideração sobre os institutos do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão, vamos dar uma olhadela no Anteprojeto Afonso Arinos e nos Projetos da Constituição “A” e “B”, da Comissão de Sistematização.

O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, como é sabido, foi todo trabalhado em cima do regime parlamentar. Seu art. 10 diz:

“Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1.º Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2.º Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao poder competente a edição da norma que venha a suprir a lacuna.”

No Projeto “A”, da Comissão de Sistematização, o § 51 do art. 6.º (“Dos Direitos Individuais e Coletivos”), o mandado de injunção ficava adstrito à integração por lei ordinária. No Projeto “B” (2.º turno) desapareceu a expressão “na forma da lei” (art. 5.º, LXXII).

Quanto à competência para processar e julgar o mandado de injunção, os órgãos da Justiça Federal — Tribunais Regionais Federais e Juízes Fe-

derais — a tinham (Projeto “A”: art. 132, I, c, e art. 133, VIII. Projeto “B”: art. 114, I, c, e art. 115, VIII). Agora, com a redação final, não mais a têm. Houve supressão propositada. Antes, tanto no Projeto “A” quanto no Projeto “B”, os Tribunais Regionais Federais e os Juizes Federais tinham competência para julgamento do mandado de injunção. Os Tribunais Regionais Federais tinham competência contra ato do próprio tribunal e competência recursal para reapreciar mandado de injunção contra ato de juiz federal.

O Juiz Federal, a seu turno, tinha competência para julgar mandado de injunção contra ato omissivo de autoridade federal, “excetuados os casos de competência dos tribunais federais”. Essa competência foi encolhida e ficou toda com o Supremo Tribunal Federal e com o Superior Tribunal de Justiça. No último caso, isto é, de competência do Superior Tribunal de Justiça, ficou expresso que esse Tribunal é competente para o

“mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”.

O Constituinte, porém, deu um cochilo e deixou escapar, nas exceções, os casos de competência da Justiça Federal. Ora, a Justiça Federal, tanto de segundo grau — os Tribunais Regionais Federais — como de primeiro grau — Juizes Federais —, não mais têm tal competência. Quanto às justiças especializadas, vale dizer, a militar, a trabalhista e a eleitoral, só quanto a essa última — a eleitoral —, é que, expressamente, há dispositivo dando competência ao TSE para julgar mandado de injunção decidido pelos Tribunais Regionais Eleitorais. Assim, dentro dessa linha de raciocínio, logicamente a lei ordinária, no caso da Justiça Militar ou da Justiça do Trabalho, e a lei complementar, no caso da Justiça Eleitoral, não poderão dar aos conselhos da Justiça Militar, às juntas de conciliação e julgamento e aos juizes eleitorais e juntas eleitorais competência para o julgamento de mandado de injunção. Por outro lado, o tratamento estaria sendo disparitário, vez que a Justiça Federal, que só tem dois graus, não teria competência para julgar mandado de injunção; já o Tribunal Regional Eleitoral, que é de menor graduação, vez que a Justiça Eleitoral tem três graus, já teria competência para julgar mandado de injunção (art. 121, V). A tarefa do intérprete e do doutrinador vai ser grande, como já se está antevendo.

A Constituição de 88, pela primeira vez, menciona a “inconstitucionalidade por omissão” (art. 103, § 2.º).

Quanto à fiscalização da “inconstitucionalidade por ação”, ela foi introduzida pela Emenda Constitucional n.º 16/65. Saindo da ortodoxia do

sistema americano do *judicial control* difuso — feito por todo e qualquer juiz —, adotou-se também o “controle abstrato de normas”, baseado no *abstrakte Normenkontrolle* do direito germânico (7). A Constituição em vigor, como a Carta de 69 (art. 119, I, l), atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a “ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

IV — *Sugestões n.ºs 155-4 e 156-2, do Senador Virgílio Távora e do Deputado Carlos Virgílio. Art. 283.º da Constituição de Portugal. Sugestão 367-1, do Senador Ruy Bacelar. Emendas*

Transcrito o texto constitucional e seus antecedentes, importa indagar: o “mandado de injunção” é a mesma “inconstitucionalidade por omissão”?

A intenção do criador do mandado de injunção — o saudoso Senador VIRGÍLIO TÁVORA — era introduzir no Direito constitucional brasileiro não propriamente a “inconstitucionalidade por omissão”, tal como existe em Portugal, mas um *controle concreto* por ato omissivo de qualquer órgão público encarregado de integrar normativamente direito constitucional já dado.

O Tribunal Constitucional português, de acordo com os arts. 281.º e 283.º, faz um controle, ou como dizem os lusos, uma “fiscalização”, não só da inconstitucionalidade, mas também da ilegalidade da norma. É um controle à austríaca, isto é, *abstrato*.

O Senador cearense assim justifica sua Sugestão n.º 156-2, apresentada a uma Subcomissão Temática em 27-3-87:

“Refletindo essa preocupação com a não-implementação da Constituição — o que revela um descumprimento dos mandamen-

(7) HANS KELSEN fez o esboço da Constituição austríaca de 1920 que, por ter sido promulgada em outubro, ficou conhecida como a *Oktoberverfassung*. Essa Constituição trouxe uma grande novidade: o controle da constitucionalidade passou a ser feito por um órgão judicial único (daí o nome “concentrado”), o *Verfassungsgerichtshof* (Corte Constitucional). Esse modelo de “controle concentrado” foi adotado, com pequenas modificações, pela Itália, Alemanha, Turquia, Chipre, Iugoslávia etc. (Ver “O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado”, de MAURO CAPPELLETTI, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984).

No Brasil, a partir da CF-34, como preliminar da intervenção federal nos Estados-Membros, a Suprema Corte (= STF), por provocação do Procurador-Geral da República, podia “declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental”, com a comunicação posterior ao Senado Federal. Mais tarde, com a EC n.º 16/65 à CF-46, esse controle passou a ser também não só das leis ou atos normativos estaduais, mas também das leis ou atos normativos federais. (Ver trabalho do professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, publicado na RDP-4/34). É um controle abstrato.

tos constitucionais — e inspirando-nos no exemplo do Estatuto Maior português (art. 283.º), conferindo-lhe, porém, uma abrangência maior, submetemos à apreciação da Assembléia Nacional Constituinte sugestão de norma constitucional criando o instituto jurídico da “inconstitucionalidade por omissão”, voltado para a proteção dos direitos subjetivos (ou expectativas de direito) de pessoas físicas ou jurídicas, criados de forma genérica pela Constituição e não implementados por inércia quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo, quer do Poder Judiciário.

Prevista a norma de proteção aos direitos públicos subjetivos, faz-se mister a criação de instituto jurídico-processual para a efetivação dessa norma. E esse instituto, de preferência, deve ter o *status* de garantia constitucional.”

A seguir, estabelece uma ligação com a outra Sugestão, a de n.º 155-4, também de 27-3-87, a ser inserida nos “Direitos e Garantias Constitucionais”. A certa altura justifica ele:

“Enveredando por esse raciocínio, oferecemos uma outra sugestão de norma constitucional, que a este complementa e desta é desmembrada porque diz respeito a outro capítulo da Constituição, devendo, pois, ser encaminhada à apreciação da Comissão de Temática pertinente” (8).

Como se viu, a intenção do ilustre Representante do Ceará foi a de fazer um só instituto, com duas faces: nos “Direitos e Garantias Fundamentais”, com o nome de “mandado de injunção” e nas “Disposições Transitórias”, com o nome de “inconstitucionalidade por omissão”. Acabou por não conseguir, como se verá.

O § 2.º do art. 103, artigo esse que trata da “ação de inconstitucionalidade”, vale dizer, a positiva e a negativa, está assim redigido:

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Numa interpretação proveitosa, chega-se à conclusão de que, quando o órgão da omissão for a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, que são jurisdicionados do Supremo Tribunal, o Supremo, após declarar a inconstitucionalidade por omissão, lhes dará ciência para que tomem as providências necessárias a fim de que a omissão seja sanada.

(8) *Diário da Assembléia Nacional Constituinte* — 29-4-87, pp. 99 e 100.

Diferentemente, quando se tratar de órgão administrativo, é a própria Constituição que estabelece o prazo para sanar a omissão após a comunicação do Supremo Tribunal Federal: 30 dias.

Quanto à omissão de “órgão administrativo”, o professor Galeno Lacerda, em artigo publicado na “Zero Hora”, de Porto Alegre (25-10-88, p. 4), faz uma observação judiciosa:

“É que não haveria necessidade de mandado de injunção para suprir omissões do Poder regulamentar da Administração. O Supremo Tribunal Federal, de longa data, em jurisprudência reiterada, já assentou que a ausência da norma regulamentar não pode importar na ineficácia do comando legal” (9).

Dessarte, uma melhor interpretação nos leva à inteligência de que o art. 103, que cura da legitimação ativa para a ação de inconstitucionalidade comissiva ou omissiva, trata única e exclusivamente do *controle abstrato*, isto é, aquele a ser declarado só pelo Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, este dispositivo pertine ao instituto da “inconstitucionalidade por omissão” e não ao outro instituto, do “mandado de injunção”. Esse último — mandado de injunção — já está previsto no art. 102, e trata de *caso concreto*.

O Anteprojeto Afonso Arinos, fortemente influenciado pela Constituição portuguesa em seu texto original (1976), diz que o Supremo Tribunal Federal “recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha a suprir a lacuna”.

Antes da reforma constitucional portuguesa de 1982, o Conselho da Revolução (art. 279.º) tinha a faculdade de “recomendar” aos órgãos legislativos competentes que emitissem em tempo razoável “as medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais”. Com a reforma de 1982, a competência passou para o Tribunal Constitucional, que “aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis as normas constitucionais” (art. 283.º, 1). O Tribunal Constitucional, quando “verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente” (*id.*, 2).

(9) Transcrevo trecho do voto do ministro BILAC PINTO no RE 80.501-RJ, publicado na RTJ 75/912: “... a inexistência da norma regulamentar, por deliberada omissão do órgão competente para baixá-la, não pode importar na ineficácia do comando da lei”. Tal acórdão do STF se deu na discussão quanto a cabimento ou não de correção monetária no caso de seguros. Existia a lei (nº 5.488/68), que estava, ainda, pendente de regulamentação pelo Executivo.

Os constituintes portugueses, por certo, inspiraram-se na Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, promulgada em 21-2-74. Nela existem dois artigos que dão ao Tribunal de Garantias Constitucionais a atribuição de apresentar ao Legislativo propostas no sentido de revogação, alteração ou criação de leis (art. 376). Esse mesmo tribunal, de acordo com o art. 377, depois de constatar que

“un órgano competente no hubiere dictado la prescripción para la ejecución de las disposiciones de la Constitución de la República Socialista de Yugoslavia, de las leyes y de otras prescripciones y actos generales federales, habiendo sido obligado a dictarla, informará de ello a la Asamblea de la RSFY” (10).

Como ensino o professor JORGE MIRANDA, seguramente o mais categorizado comentarista da Constituição lusa, o fenómeno de

“omissões juridicamente relevantes é um fenómeno que se encontra em diversos setores do ordenamento e, em particular, no Direito Constitucional. Ela verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas” (11).

Ainda segundo o magistério de Jorge Miranda, não só o Poder Legislativo pode omitir-se. Também pode haver omissão por parte dos outros dois Poderes. No caso do Judiciário, o professor da Faculdade de Direito de Lisboa exemplifica com a “denegação da Justiça”, que se acha prevista como crime no art. 416.º, do Código Penal português. O caso, aí, é de “ilegalidade por omissão” ou, se se preferir, “inconstitucionalidade indireta por omissão”.

No caso específico da inconstitucionalidade por omissão no direito luso, o professor Jorge Miranda, depois de falar em “omissão de atos legislativos”, menciona a “inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo”. Exemplifica com a “omissão da revisão constitucional”, quando a Constituição, de modo explícito, ordena seja feita sua própria revisão (12) (Cf. com CF-88 brasileira, art. 3.º do ADCT).

A Constituição de Portugal, em seu art. 283.º, que trata de “inconstitucionalidade por omissão”, dá legitimidade aos seguintes órgãos para requerer no Tribunal Constitucional: Presidente da República, Provedor de Justiça e presidentes das assembleias regionais.

(10) *Constituições estrangeiras* — Vol. 5, Senado Federal, Brasília, 1988.

(11) *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Editora Limitada, 2ª ed. 2º vol., pp. 393 e 394.

(12) *Id.*, p. 394.

Na Constituição brasileira a “inconstitucionalidade por omissão” não é tratada, como na Constituição portuguesa, em dispositivo separado. Assim, deve-se entender que estão legitimados a ajuizarem a ação de inconstitucionalidade por omissão aquelas mesmas pessoas ou órgãos que podem pedir declaração no caso de inconstitucionalidade por ação, isto é, comissiva: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, mesas das assembleias legislativas estaduais, governadores de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partidos políticos com representação de âmbito nacional e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Como a “inconstitucionalidade por omissão” é instituto novo, tirado diretamente de seu congêneres português, vamos nos socorrer, mais uma vez, dos ensinamentos do professor Jorge Miranda:

“Relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis — e não apenas teóricas — de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda tornar-se ilícitos” (13).

No caso específico do Direito Constitucional brasileiro, como já se viu, o Senador Virgílio Távora e o Deputado Carlos Virgílio apresentaram duas sugestões às Subcomissões Temáticas, introduzindo o instituto do “mandado de injunção”.

A Sugestão n.º 155-4, de 27-3-87, que foi recusada pelo relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público (14), mandava incluir no Capítulo “Dos Direitos e Garantias Constitucionais” o seguinte artigo:

“Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á *mandado de injunção*, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

Nas “Disposições Gerais e Transitórias” dever-se-ia inserir o seguinte artigo:

“A não-edição de atos ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica a inconstitucionalidade por omissão” (Sugestão n.º 156-2).

(13) *Id.*, p. 394.

(14) BACELAR, Ruy. “O mandado de injunção”, setembro de 88, p. 9.

Na Justificação, os proponentes argumentaram:

“De conformidade com a nossa previsão normativa dar-se-á a inconstitucionalidade por omissão sempre que qualquer um dos Poderes constituídos (Legislativo, Executivo ou Judiciário) deixar de expedir o ato ou a norma que, implementando o texto constitucional, concretizará o direito genericamente neste previsto. Como exemplos citamos os direitos que usualmente são criados por normas programáticas (vg. o direito à educação fundamental dada pelo Estado) e que, em geral, inexistem de fato ante a inércia dos Poderes constituídos não sendo aos seus eventuais destinatários (dada) qualquer possibilidade de exigir a sua efetivação, pois faltam-lhes os instrumentos jurídicos para tal” (15).

Mais tarde, em 3-4-87, o Senador Ruy Bacelar apresentou a Sugerção n.º 367-1 à Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, assim redigida:

“Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependem da lei ou de providências do Estado serão assegurados por *mandado de injunção*, no caso de omissão do Poder Público.

Parágrafo único. O *mandado de injunção* terá o mesmo rito processual estabelecido para o *mandado de segurança*.”

Essa sugestão foi acolhida pelo relator Darcy Possas, com a seguinte redação:

“Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir direito assegurado nesta Constituição, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual” (16).

Por último, o Senador José Paulo Bisol, relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, assim redigiu:

“Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.”

Diversos constituintes apresentaram emendas ao texto: Ana Maria Rattes, Michel Temer, Alfredo Campos, Jutahy Magalhães, Paulo Silva,

(15) *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, de 29-4-87, p. 99.

(16) *Id.*, p. 9.

Pedro Canedo, Virgílio Távora, Humberto Lucena, Matheus Iensen, Lavoisier Maia, Mendes Ribeiro, Ruben Figueiró, Paulo Pimentel, Aloysio Chaves, Paulo Mincarone, José Egreja, Doreto Campanari, José Paulo Bisol, Nelson Jobim, Adolfo Oliveira, Fernando Henrique Cardoso, Louremberg Nunes Rocha, José Lins, João Castelo, Anníbal Barcelos e Bonifácio de Andrada (17).

V — *Mandado de garantia constitucional. Mandado de garantia social. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão: dois institutos diferentes*

Como se viu, o Senador VIRGÍLIO TÁVORA, após alterar instituto que em Portugal e na Iugoslávia recebe o nome de “inconstitucionalidade por omissão”, o batizou com nome bem anglo-americano: *writ of injunction*.

Outros nomes foram sugeridos: “mandado de garantia constitucional”, pelo Senador mineiro ALFREDO CAMPOS, e “mandado de garantia social”, pelo Senador HUMBERTO LUCENA.

De qualquer sorte, a melhor interpretação nos leva ao entendimento de que a Constituição passou a consagrar *dois* institutos diferentes: mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe, com exclusividade, processar e julgar o pedido feito pelos órgãos ou pessoas legitimadas nos incisos I a IX do art. 103 quando se tratar de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. Quanto ao outro instituto — o mandado de injunção —, tudo vai depender do órgão que estiver constitucionalmente ou legalmente encarregado de elaborar as normas genéricas que estão obstando que alguém exerça um direito já previsto especificamente na Constituição, que só não pode ser exercido por falta de norma disciplinadora. Assim, essa “inércia regulamentar” pode estar em qualquer órgão governamental. Cabe àquele processualmente interessado pedir, no caso concreto, ao Judiciário que lhe dê, exatamente por não existir norma regulamentadora, o que já foi concedido pela Constituição e não foi efetivado por omissão. Às vezes, o próprio Judiciário é que vai solucionar omissão de órgão dele mesmo. Um exemplo:

O § 6.º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias diz:

“Ficam criados cinco Tribunais Regionais Federais, a serem instalados no prazo de seis meses a contar da promulgação da Constituição, com a jurisdição e sede que lhes fixar o Tribunal

(17) *Id.*, p. 14.

Federal de Recursos, tendo em conta o número de processos e sua localização geográfica.”

Estamos diante de uma regra impositiva. Vamos supor que o TFR deixe escoar os seis meses e não instale os TRFs. Nesse caso a ação a ser proposta no STF (art. 102, I, *q*) será o mandado de injunção e não a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º). O autor da ação poderá ser qualquer juiz federal que se enquadre na norma constitucional concessiva do direito (art. 107, II. ADCT, art. 27, § 7.º Juízes mais antigos).

Vamos, agora, dar um exemplo de inconstitucionalidade por omissão. A ação, então, deve ser a “direta” e não o “mandado de injunção”: a Constituição, em seu art. 14, III, combinado com o art. 61, confere iniciativa de lei também aos “cidadãos”, “nos termos da lei”. Vamos supor que o Congresso Nacional não edite lei disciplinando o instituto de “iniciativa popular” de propor projeto de lei. Desse modo, caberá a qualquer partido político com representação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal entrar com pedido no STF para que se declare formalmente a omissão. Não se poderá usar logo o “mandado de injunção”. O que o STF vai fazer é apenas “declarar” — e não obrigar o Legislativo a fazer a lei em determinado prazo — que está havendo omissão no implemento de norma constitucional. E se o Legislativo continuar a se omitir — não obstante a declaração formal do STF — em baixar a norma de implementação? É claro que, em respeito ao princípio da separação dos Poderes da República, o Judiciário não poderá, ainda assim, fazer a norma genérica. Aí é que entra a vez do mandado de injunção: aquele que seria beneficiado pela norma não feita deve se prevalecer do mandado de injunção e, só em seu caso particular, concreto, pedir ao Judiciário que “legisle”. Em outras palavras: embora ele não possa entrar com a “ação direta de inconstitucionalidade” no Supremo, vez que não tem legitimidade ativa, pode tentar o “mandado de injunção”.

Sob o título “Mandado de injunção divide opiniões”, publicado na *Gazeta Mercantil* de 3-5-88, o professor CELSO BASTOS observa a formação de três correntes interpretativas do texto constitucional:

“A primeira entende que o juiz deverá expedir uma recomendação para a autoridade competente — do Poder Legislativo ou do Executivo — para que elabore a legislação regulamentadora. A segunda afirma que o juiz deve estabelecer o modo como o direito deve ser exercido e ordenar o seu cumprimento. E a última diz que o juiz deve resolver o caso concreto.”

A seguir, o ilustre constitucionalista diz que “acredita que o Judiciário será mais favorável à primeira corrente, conforme pronunciamentos de alguns ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em recente congresso de Direito Constitucional”.

Tenho para mim que a melhor corrente é a última. O Tribunal deverá decidir o caso concreto. Essa linha já se achava no § 1.º do art. 10 do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos:

“Na falta ou omissão da lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.”

Esse, sem dúvida alguma, seria um grande passo na consolidação do Judiciário como autêntico Poder.

VI — Necessidade ou não de regulação do mandado de injunção

Quanto à necessidade ou não de regulação do mandado de injunção, as opiniões divergem. Alguns autores, como o professor JOSÉ AFONSO DA SILVA (18) e o desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (19), entendem que se trata de norma constitucional de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Já para outros, como o Ministro MARCELO PIMENTEL, presidente do TST, mister se faz a sua integração (20).

A intenção do constituinte, não resta dúvida, foi a de conferir ao mandado de injunção aplicabilidade imediata. Tanto assim que o Projeto “B” suprimiu a expressão “na forma da lei”, do Projeto “A”. Por outro lado, a Constituição, no § 1.º do art. 5.º, é expressa: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”

É verdade que nada impede que, mesmo assim, se faça a regulação do instituto. Aliás, recentemente, o Deputado MAURÍLIO FERREIRA LIMA apresentou anteprojeto de lei, com 22 artigos, regulando o mandado de injunção. O professor NELSON SALDANHA, que compôs a comissão de juristas (BERNARDETTE PEDROSA, ROMUALDO MARQUES COSTA e NILZARDO CARNEIRO LEÃO) que redigiu o anteprojeto, assim se expressou na sua apresentação:

“Conquanto a letra constitucional não mencione a necessidade de regulamentação do novo instituto — o *mandado de injunção* — por meio de norma ordinária (ou, especificamente, complementar), a brevidade do texto da Lei Maior conduz a tal necessidade, sobretudo no tocante à disciplinação dos trâmites processuais concernentes ao pedido e à concessão do mandado (21).”

Também o Senador RUY BACELAR apresentou projeto de lei regulando o mandado de injunção, com 13 artigos (22).

(18) “Mandado de injunção, direito do cidadão” — *Jornal do Brasil*, de 26-9-88.

(19) “Notas sobre o mandado de injunção”. *Zero Hora*, Porto Alegre, 27-9-88.

(20) *Gazeta Mercantil*, de 13-10-88.

(21) *Mandado de injunção*. OAB-PE — Recife, 25-9-88, p. 6.

(22) Projeto de Lei nº 76, de 1988. Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília-DF.

Quanto ao “rito”, entendo que cada tribunal dará o procedimento que bem entender, se se perfilhar à corrente de que o mandado de injunção prescinde de norma infraconstitucional regulamentadora.

Tanto a Sugestão 155-4, do Senador VIRGÍLIO TÁVORA, quanto a Sugestão 367-1, do Senador RUY BACELAR, lhe davam o mesmo rito do mandado de segurança.

A Constituição repudiou esse rito (mandado de segurança), já que ele não entrou nem no Projeto “A”, nem no Projeto “B”. Penso, mais, que a natureza de “processo de prova documental” — *Urkundenbeweisprozess* —, como condição especial da ação do mandado de injunção, talvez o embarace, embora lhe tire a rapidez⁽²³⁾. Como se sabe, a condição especial da ação de “mandado de segurança” é o “direito líquido e certo”, ou seja, admissibilidade exclusiva de prova documental⁽²⁴⁾.

VII — Legitimação ativa e passiva

O mandado de injunção não exige — diferentemente da “inconstitucionalidade por omissão” — legitimação específica, qualificada. Qualquer um que tiver interesse jurídico pode prevalecer-se dele. Mesmo as pessoas jurídicas ou aquelas figuras despersonalizadas, como o espólio, a herança jacente etc.

Como se sabe, logo no início, quando surgiu o mandado de segurança, houve hesitação em se permitir seu uso por pessoas jurídicas, já que o instituto se achava no capítulo “Dos Direitos e das Garantias Individuais” (CF-34, art. 113, n.º 33). Felizmente essa interpretação restritiva não vingou e o mandado de segurança passou a ser utilizado por pessoas jurídicas, inclusive de direito público, e até por órgãos despersonalizados (Câmara Municipal, prefeito etc.).

(23) A ZPO alemã no Livro V (§§ 592 a 605) traz a rubrica “Processo documental e cambiário” (*Urkunden — und Wechselprozess*).

A obra clássica “*Zivilprozess Recht*”, de ROSENBERG-SCHWAB, assim alude ao *Urkundenprozess*:

“O objetivo do processo documental, a saber, a rapidez do procedimento, mostra-se na proibição da reconvenção, na necessidade de iniciar-se a prova documental através da apresentação, e na exclusão de outros meios de prova como documentos e de pedido referente ao interrogatório de partes. Mas, os prazos de admissão e de citação não são encurtados” (*Das Ziel des Urkundenprozesses, nämlich die Beschleunigung des Verfahrens zeigt sich in dem Verbot der Widerklage (§ 595, I), in der Notwendigkeit, den Urkundenbeweis durch Vorlegung anzutreten (§ 595, III), und in dem Ausschluss anderer Beweismittel als Urkunden und des Antrages auf Parteivernehmung (§ 595, II). Aber die Einlassungs- und Ladungsfristen sind nicht gekürzt*). (C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1969, Seite 857).

(24) Ver lições de BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Forense, 4ª ed., pp. 77 e segs.

Entendo que um dos requisitos do mandado de injunção é sua natureza subsidiária. Só deve ser usado se não se tiver outro meio processual⁽²⁵⁾. Se não se fizer isso, acabará por se transformar em panacéia judiciária, perdendo sua força e finalidade.

No tocante à legitimação passiva, ela deve ser ampla. Qualquer órgão da administração direta ou indireta, inclusive de pessoas de direito privado (Banco do Brasil, CEF etc.), desde que estejam encarregados da elaboração da norma genérica, podem figurar na ação.

Como se dá com o mandado de segurança, o réu no mandado de injunção não será o órgão, mas a pessoa jurídica da qual ele faz parte. Assim, se a Mesa do Senado Federal, por exemplo, não elabora a norma, quem sofrerá as conseqüências (pagamento de despesas processuais etc) da omissão será a União Federal e não ela (órgão emissor).

VIII — *Writ of Injunction norte-americano e a Verfassungsbeschwerde alemã*

Há quem reconheça no *writ of injunction* do Direito anglo-americano a fonte inspiradora de nosso mandado de injunção⁽²⁶⁾.

(25) Em acórdão publicado no DJU, de 18-11-88, à p. 30.022, o Supremo Tribunal Federal, em mandato de injunção interposto por procuradores da República contra ato omissivo do presidente da República, não conheceu da ação, por se tratar de ato administrativo, concreto e determinado. Assim reza a ementa: "MI 14-0 MANDADO DE INJUNÇÃO. Impetração por Procuradores da República, contra o presidente da República, visando: 1. declaração de vacância do cargo de Procurador-Geral da República; 2. que o presidente da República indique, ao Senado Federal, um nome de membro do Ministério Público federal para se investir no cargo de Procurador-Geral da República, com observância do art. 128, § 1º, da Constituição Federal de 5-10-1988.

Descabimento do mandado de injunção para tais fins.

Interpretação do art. 5º, inciso LXXI, da CF.

Não se presta o mandado de injunção à declaração judicial de vacância de cargo, nem a compelir o presidente da República a praticar ato administrativo, concreto e determinado, consistente na indicação, ao Senado Federal, de nome de membro do Ministério Público Federal, para ser investido no cargo de Procurador-Geral da República" (Rel. Min. SYDNEY SANCHES).

(26) O professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, no artigo citado, vê o *writ of injunction* anglo-americano como a "fonte imediata do mandado de injunção". O professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, em trabalho apresentado em XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual Civil, diz:

"No que toca à expressão 'mandado de injunção', observa-se que ela não é de uso no direito brasileiro, que não se utiliza nem mesmo da palavra 'injunção'; esta, na linguagem corrente, significa 'imposição'. Tudo leva a crer que o Projeto A tenha se inspirado no direito anglo-americano, onde a palavra 'injunction' corresponde a um instituto jurídico processual, com características mais adequadas ao objetivo do legislador constituinte brasileiro".

Como acabamos de mostrar, o mandado de injunção, pelo menos historicamente, foi buscado no Direito Constitucional português.

Nosso mandado de segurança, esse, sim, foi indiretamente inspirado nos *writs of injunction e mandamus* norte-americanos⁽²⁷⁾, os quais serviram de modelo ao *juicio de amparo* mexicano⁽²⁸⁾. E o *juicio de amparo*, a sua vez, foi objeto de estudo por parte de nossos constituintes de 1934, quando da criação do mandado de segurança⁽²⁹⁾.

O *writ of injunction* é usado no processo de *equity*.

O mesmo fenômeno que aconteceu em Roma, por volta do ano 367 a.C., deu-se na Inglaterra. Em Roma, como se sabe, o *ius civile* foi-se esclerosando e mister se fez a criação do direito pretoriano para resolver os casos que não tinham boa solução pelas vias tradicionais. O pretor e, em menor número, os *aediles curules* (magistrados encarregados de resolver questões sobre estradas, fontes, mercados e pontes), tinham o poder (*im-*

(27) O *writ of injunction* tem linha em comum com o *writ of mandamus*. Esse último instituto tem natureza positiva. É utilizado, como um "extraordinary legal remedy". (Só quando não houver meio processual 'comum') para obrigar alguém a fazer aquilo que, por lei, está obrigado a fazer. Já o *writ of injunction* é mais amplo. Pode ser utilizado, como o *writ of mandamus*, para obrigar alguém a praticar ato que está legalmente obrigado. Nesse caso recebe o nome de *mandatory injunction*. Mas, por outro lado, pode ser usado para impedir que se pratique determinado ato. Temos aí o *prohibitory injunction*. (Para maiores detalhes, ver os verbetes no *Black's Law Dictionary* — West Publishing Co. — 1979. Também em *El Derecho Angloamericano*. Porrúa, 1982, p. 641, de OSCAR RABASA).

(28) RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. Porrúa, S.A., México, 1982, p. 51.

(29) FERNANDO FLORES GARCÍA, em interessante trabalho publicado no volume 31 (janeiro/abril de 1981) da *Revista de la Facultad de Derecho de México*, denominado "Teoría del proceso y amparo", diz que o *juicio de amparo* é "institución venerada en México, como fórmula de salvaguarda de los más precitados derechos del hombre de determinadas clases sociales" (pp. 101/102).

Como nosso mandado de segurança, o *juicio de amparo* asteca é utilizado contra atos de qualquer autoridade (inclusive judicial). Pode ser impetrado contra lei em tese. Diferentemente de nosso mandado de segurança, porém, é ajuizado só nos "tribunales de la Federación". Seu objetivo é controlar judicialmente a atividade da "autoridad responsable, o sea la autora o ejecutora del acto impugnado de inconstitucionalidad" (p. 107).

Como se dá com o mandado de segurança, a *autoridad responsable* presta as informações (*informe justificado*) e se defende, procurando demonstrar que o impetrante (*quejoso* ou *agraviado*) não tem direito da ação constitucional ou não tem o direito material. É usado — diferentemente de nosso mandado de segurança — também em matéria penal. Admite dilação probatória, com oitiva de testemunhas. Essa largueza procedimental não deixa de ser um mal, vez que congestiona os tribunais e lhe tira a rapidez.

A semelhança de nosso "mandado de segurança coletivo", pode ser utilizado para proteger "direitos sociais". Desse modo, o *quejoso* pode ser sindicato, comunidade agrária etc., onde se defende direito de associado (p. 109).

perium) de criar normas genéricas que valiam pelo menos por um ano. Eram os *edicta*. Nasceu, então, o *jus honorarium* ou *jus praetorium* ⁽⁸⁰⁾.

Na Inglaterra, com o envelhecimento do *common law*, apareceu, aos poucos, a corte de *equity*, que tinha por finalidade suprimir as deficiências do primeiro. Esse mecanismo passou para a América. A própria Constituição americana, em seu artigo III, Seção II, consagrou a existência distinta dos dois grandes ramos do direito, pois fala que o “Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de *LAW* e *EQUITY*”. Assim, hoje, uma mesma corte — ou corte especializada — pode julgar processo de *common law* e processo de *equity*. Esse último só deve ser usado quando o primeiro não resolver. Talvez um exemplo possa esclarecer melhor. Um artista renomado faz um contrato para dar um *show*. Resolve, por qualquer motivo fútil, não cumprir o avençado. Se o empresário quiser apenas uma indenização contratual, ficará com a jurisdição do *common law*. Se, ao contrário, quiser obrigar o artista a fazer o espetáculo, pois estará em jogo sua reputação empresarial, terá que se socorrer do *equity*. O tribunal, nesse último caso, expedirá um *writ of injunction* ordenando ao contratante inadimplente realizar o espetáculo. Se ele se negar, será preso por desobediência à ordem judicial (*contempt of court*).

Na Alemanha Ocidental existe uma ação constitucional — a *Verfassungsbeschwerde* — que, de certo modo, lembra nosso mandado de injunção. Pode ser utilizada quando “o órgão ou autoridade pública” (*das Organ oder der Behörde*), seja por “ação ou omissão” (*Handlung oder Unterlassung*), violar os “direitos fundamentais” (*Grundrechte*) ou “assemelhados” previstos na Lei Fundamental.

O prazo de impetração é curto: dentro de um mês a contar da notificação ou comunicação informal (... *binnen eines Monats* ... *Die Frist beginnt mit der Zustellung oder formlosen Mitteilung*...). Quando a violação partir da lei, o prazo é maior: dentro de um ano, a contar da sua entrada em vigor (... *binnen eines Jahres seit dem Inkrafttreten des Gesetzes*...).

A *Beschwerde* constitucional deve ser utilizada, em princípio, só após o esgotamento da instância ordinária (*Erschöpfung des Rechtswegs*). A juízo do Tribunal Constitucional Federal, porém, quando o impetrante (*Beschwerdeführer*) tiver “prejuízo grave e irreparável” (*schwerer und unabwendbarer Nachteil*) não há necessidade de utilização prévia dos meios ordinários.

Em 29-1-69, após longa e acirrada discussão no Parlamento (*Bundestag*), foi feita a Emenda Constitucional n.º 19, que instituiu instrumento capaz de coibir ato de autoridade pública.

Na Alemanha, como se sabe, o controle da constitucionalidade não é, como predominantemente no Brasil, o sistema americano ou “difuso”

(80) BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 2ª ed., Milano, 1952, p. 17. MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Roman*. 5ª ed., Bruylant, Christophe & Cie, Tome premier, Bruxelles, p. 219.

(cada juiz controla a lei ou o ato administrativo), mas o sistema concentrado (austríaco). O juiz ou tribunal, quando deparar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de uma lei, suspende o andamento do processo e aguarda que um órgão do Judiciário, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), se manifeste.

Com a Emenda Constitucional n.º 19, toda pessoa, física ou jurídica, que se sentir ameaçada ou lesada em seus direitos fundamentais ou assemelhados, pode acionar diretamente o Tribunal Constitucional Federal (o mesmo ocorre com os *Länder*, isto é, com as entidades federadas). Os dispositivos constitucionais pertinentes estão nos artigos 93 e 94. Esse último artigo deu competência à lei ordinária para regular a *Beschwerde* constitucional. Assim, em 12-3-51, foi editada uma lei ordinária implementando a competência do Tribunal Constitucional Federal, com modificações posteriores. Em seu Regimento Interno, publicado na *Bundesgesetzblatt* (Diário da União) de 2-9-75, o Tribunal Constitucional Federal, através de uma comissão de três juízes da turma (*Senat*), exerce um juízo de admissibilidade da ação. Não tem que motivar sua decisão. De acordo com o parágrafo 90, I, da lei que regulou o Tribunal Constitucional Federal, somente se pode utilizar da *Verfassungsbeschwerde* quando não houver meio processual ordinário de proteção.

Diz o art. 93 da Lei Fundamental de Bonn:

“O Tribunal Constitucional Federal decide: 4a) sobre *Verfassungsbeschwerden* que podem ser ajuizadas por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público nos seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos nos artigos 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104.”

O artigo 20, alínea 4, diz que, “não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistir contra quem tentar subverter essa ordem ⁽³¹⁾.”

O artigo 33, a sua vez, trata da igualdade dos direitos dos cidadãos, sobretudo em relação aos cargos públicos ⁽³²⁾.

Já o artigo 38 cuida dos direitos do eleitor ⁽³³⁾. O artigo 101, a seu turno, proíbe a existência de tribunais de exceção ⁽³⁴⁾. O artigo 103 fala no *due process*, em *bis in idem* e na irretroatividade da lei penal que agrave a situação do acusado ⁽³⁵⁾. O artigo 104, por fim, dispõe sobre as garantias no caso de privação do direito de liberdade ⁽³⁶⁾.

(31) “*Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist*”.

(32) A rubrica do artigo é: “*Staatsbürgerliche Gleichstellung der Deutschen*”.

(33) A rubrica do artigo é “eleição” (*Wahl*).

(34) *Verbot von Ausnahmerichtern* (Proibição de tribunais de exceção).

(35) *Ex-post-facto-Verbot, ne bis in idem*.

(36) *Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung*.